

VU Research Portal

Ne bis in idem. Twee keer hetzelfde in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens?

de Graaf, F.C.W.

published in

Delikt en Delinkwent
2013

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

de Graaf, F. C. W. (2013). Ne bis in idem. Twee keer hetzelfde in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens? *Delikt en Delinkwent*, 2013(5), 371-383.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Ne bis in idem. Twee keer hetzelfde in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens²

34

In deze bijdrage wordt onderzocht in hoeverre het Hof van Justitie en het EHRM eenzelfde (feitelijke) uitleg van het *ne bis in idem*-beginsel hanteren sinds de uitspraak inzake Zolotukhin. Betoogd wordt dat de veel getrokken conclusie dat sinds deze uitspraak sprake is van convergentie in de interpretatie van *idem*, op zijn minst genuanceerd dient te worden. Het staat namelijk vooralsnog niet vast dat er geen ruimte meer zou bestaan voor een (deels) juridisch-inhoudelijke toets van *idem*.

Inleiding

Het *ne bis in idem*-beginsel in ruime zin behelst de norm dat iemand niet ten tweede male voor hetzelfde feit vervolgd, berecht en bestraft wordt. Zo is het beginsel ook vastgelegd in artikel 68 Sr, het Zevende Protocol bij het EVRM, de Schengenuitvoeringsovereenkomst (SUO) en het Grondrechtenhandvest van de EU. Het *ne bis in idem*-beginsel is van toepassing als de tweede vervolging (*bis*) ziet op hetzelfde feit (*idem*) als de eerste. Het beginsel vormt een algemeen aanvaard uitgangspunt in de strafrechtspleging: een burger mag er onder omstandigheden op vertrouwen dat een feit waarvoor hij eerder onherroepelijk is veroordeeld of vrijgesproken, niet nogmaals aan de orde komt in een nieuwe procedure.³ Er zijn twee componenten aan de hand waarvan kan worden bepaald of sprake is van hetzelfde feit. Dit kan gebeuren aan de hand van een beoordeling van de juridische kwalificaties van beide feiten: als deze overeenkomen, is sprake van *idem*. Bekeken wordt dan met name wat de strekking van de toepasselijke strafbepaling is, en wat het rechtsbelang is dat met die strafbepaling wordt gediend. Daarnaast kan worden gekeken welke feitelijke gedraging van de verdachte ten grondslag ligt aan de (vermoedelijk) overtreden strafbepaling. Vloeien beide strafbare feiten uit dezelfde historische gedraging voort, en worden deze na elkaar vervolgd, dan levert dit een *idem*-situatie op. Vaak wordt een combinatie van beide componenten gehanteerd, maar soms wordt de nadruk meer op de juridische, dan wel de feitelijke gelegd.

Zowel het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof van Justitie) als het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) hebben gedurende lange tijd ieder een eigen interpretatie van de door hen gehanteerde *ne bis in idem*-bepalingen gehanteerd. Het

1. Docent/onderzoeker straf(proces)recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

2. Citeerwijze: F. de Graaf, 'Ne bis in idem. Twee keer hetzelfde in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens?', *DD* 2013, 34.

3. J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 514.

arrest *Zolotukhin*, dat in 2009 door het EHRM werd gewezen, leek hierin verandering te brengen.⁴ In dit arrest zou het EHRM hebben gekozen voor een puur feitelijke invulling van *idem*; een interpretatie waar het Hof van Justitie al eerder voor lijkt te hebben gekozen.⁵ Het EHRM stelt in *Zolotukhin* namelijk vast dat om te bepalen of sprake is van *idem*, gekeken moet worden of de feiten 'identical or substantially the same' zijn. Om te beoordelen of dit het geval is, dienen de gedragingen die in de 'statements of facts' in beide vervolgingen worden genoemd, met elkaar vergeleken te worden. Het Hof van Justitie beoordeelt *idem* door te bezien of de gedragingen die ten grondslag liggen aan de vervolging 'inextricably linked' zijn. De juridische kwalificatie van de delicten die deze gedragingen opleveren, is niet relevant. Aldus lijken beide hoven *idem* alleen met een feitelijk criterium te benaderen. De Hoge Raad oordeelde in zijn standaardarrest van februari 2011 evenwel dat *idem* in artikel 68 Sr – het nationale *ne bis in idem*-beginsel – zowel feitelijk als juridisch-inhoudelijk moet worden geïnterpreteerd.⁶ Ook in latere uitspraken heeft de Hoge Raad *idem* (overwegend) juridisch-inhoudelijk geïnterpreteerd.⁷ Hierop is kritiek geweest; omdat de Europese regelgeving de nationale rechtsorde steeds meer doordringt⁸, had de Hoge Raad vanuit het oogpunt van rechtseenheid en rechtsbescherming voor de verdachte de jurisprudentie van de Europese hoven beter in acht moeten nemen en in navolging daarvan voor een feitelijke interpretatie van *idem* moeten kiezen.⁹ Deze kritiek stoelt op de veronderstelling dat beide Europese hoven daadwerkelijk voor een materieel feitscriterium hebben gekozen en in het geheel geen aandacht besteden aan de juridische kwalificatie van de ten laste gelegde feiten. Bij de houdbaarheid van deze veronderstelling wil ik in deze bijdrage vraagtekens plaatsen. In de hier genoemde rechtspraak zijn, naar het mij voorkomt, ook aanknopingspunten te vinden die een (deels) juridische interpretatie van *idem* op internationaal niveau mogelijk maken. Het is dus maar de vraag of de interpretatie van *idem* die de Hoge Raad hanteert, strijd oplevert met de interpretatie van *idem* op Europees niveau. In deze bijdrage wil ik onderzoeken of, en zo ja: in hoeverre de Europese hoven (in het bijzonder het EHRM) nu daadwerkelijk hebben gekozen voor een puur feitelijke interpretatie van *idem*. De beantwoording van deze vraag vindt plaats op drie niveaus. Allereerst zal ik ingaan op de doelstellingen achter de regelgeving die de twee hoven in acht moeten nemen bij het nemen van beslissingen omtrent *ne bis in idem*. Daarna besteed ik aandacht aan de relevante algemene rechtsoverwegingen in *Zolotukhin*, de rechtspraak van het Hof van Justitie en de verschillen daartussen. Vervolgens zal ik dieper ingaan op de beoordeling van de specifieke omstandigheden die aan de orde waren in de hier besproken zaken en de betekenis daarvan voor de uitleg van *idem*. Na een korte blik te hebben geworpen op de consequenties van de toekomstige toetreding van de EU tot het EVRM, eindig ik ten slotte met een conclusie.

4. EHRM 10 februari 2009, appl. no. 14939/03, NJ 2010, 36 (*Zolotukhin*).

5. Zie onder meer W.B. van Bockel, *The ne bis in idem principle in EU Law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2010, p. 203-204 en 213; de annotatie van Buruma onder EHRM 10 februari 2009, NJ 2010, 36; J. Coster van Voorhout, L. van Lent & J. Lindeman, 'EHRM 10 februari 2009, Sergey Zolotukhin t. Rusland', DD 2009, afl. 6/46 en recent J.W. Ouwerkerk, 'Het feitsbegrip bij *ne bis in idem* en eendaadse samenloop: tussen nationale uitlegging en internationale verplichting', DD 2012, 47 en W.B. van Bockel, 'The *ne bis in idem* principle in the European Union legal order: between scope and substance', *ERA Forum* (2012), vol. 13 (3), p. 340-341.

6. HR 1 februari 2011, NJ 2011, 394.

7. HR 6 maart 2012, LJN BS1716 en HR 25 september 2012, LJN BX5012.

8. Hoewel Nederland het Zevende Protocol bij het EVRM (waarin een *ne bis in idem*-bepaling is opgenomen) niet heeft geratificeerd, zou de Hoge Raad toch meer aandacht voor deze bepaling moeten hebben, mede gezien het feit dat de inhoud van deze bepaling via artikel 50 HV (dat gebaseerd is op artikel 4 van het Zevende Protocol) uiteindelijk toch zal doorwerken in de nationale rechtsorde.

9. Zie uitgebreid en met nadere verwijzingen Ouwerkerk 2012.

Is een convergerende tendens vanzelfsprekend?

Aan de hiervoor genoemde kritiek op de recente rechtspraak van de Hoge Raad omtrent artikel 68 Sr ligt de opvatting ten grondslag dat na *Zolotukhin* de twee Europese hoven eenzelfde interpretatie zijn gaan hanteren van het *ne bis in idem*-beginsel, in het bijzonder van *idem*. Beide hoven zouden, zoals gezegd, *idem* alleen nog maar feitelijk interpreteren. Het feit dat het EHRM in *Zolotukhin* refereert aan de artikelen 54 SUO en 50 Handvest en de rechtspraak van het Hof van Justitie in dit verband, lijkt deze stelling te bevestigen. De vraag is echter in hoeverre het logisch is dat een dergelijke convergentie plaatsvindt. Ligt het voor de hand dat voor een uniforme uitleg van *idem* wordt gekozen, gelet op de achtergronden van de relevante bepalingen? Het antwoord op deze vraag is van belang voor de duiding van de overwegingen en beslissingen van de beide hoven, zoals deze in de navolgende paragrafen aan de orde komen.

Het *ne bis in idem*-beginsel, zoals gehanteerd in het recht van de Europese Unie, is onder meer vastgelegd in artikel 54 SUO en heeft transnationale werking. Dit betekent dat een tweede vervolging ter zake van hetzelfde feit in een andere lidstaat dan de eerste, strijd oplevert met het *ne bis in idem*-beginsel.¹⁰ De SUO is opgesteld met als doel een vrij verkeer van personen binnen de Schengenlidstaten mogelijk te maken.¹¹ Met het vervagen van de grenzen tussen landen ontstond logischerwijs de verwachting dat grensoverschrijdende criminaliteit steeds vaker zou voorkomen. Om deze criminaliteit te voorkomen en te bestrijden (en aldus het vrij verkeer van personen tussen lidstaten te waarborgen) werd strafrechtelijke samenwerking tussen EU-lidstaten van steeds groter belang. Echter, ook voor degene die onherroepelijk is veroordeeld of vrijgesproken ter zake van een bepaald feit, bestond het recht om zich vrij door de Unie te bewegen. Omdat er nog geen transnationaal werkend *ne bis in idem*-beginsel bestond, was het evenwel mogelijk dat iemand voor hetzelfde feit in verschillende lidstaten vervolgd en berecht werd. Een transnationaal toepasselijke *ne bis in idem*-bepaling werd van wezenlijk belang geacht om dergelijke situaties te voorkomen. Het *ne bis in idem*-beginsel ex artikel 54 SUO is dus ontstaan met als doel het recht op vrij verkeer te waarborgen voor degenen die voor een bepaald feit onherroepelijk zijn veroordeeld of vrijgesproken. Aldus draagt artikel 54 SUO bij aan zowel de realisatie van het vrije verkeer van personen binnen de Unie als de bescherming van personen tegen dubbele vervolging. Deze achtergrond beïnvloedt 's Hof's interpretatie van *idem* en vormt het vertrekpunt voor zijn redeneringen hieromtrent. Het principe van wederzijdse erkenning van gerechtelijke uitspraken is van groot belang om voornoemd doel te waarborgen. Juist omdat de nationale strafrechtssystemen van elkaar verschillen, heeft het Hof van Justitie verschillende malen expliciet gekozen voor een puur feitelijke interpretatie van *idem*.¹² Wanneer ook de juridische kwalificatie van belang zou zijn, zou dit leiden tot een belemmering van het vrij verkeer van personen. Dezelfde fysieke gedraging kan in verschillende landen immers heel

10. Dit geldt alleen indien het eerste vonnis (in het geval van een veroordeling) ten uitvoer wordt gelegd, is gelegd, of niet meer ten uitvoer kan worden gelegd. Deze laatste beperking is in artikel 54 SUO opgenomen teneinde te voorkomen dat veroordeelden het land ontvluchten alvorens hun straf te hebben ondergaan en vervolgens in een andere lidstaat niet meer berecht zouden kunnen worden.

11. Daar het Schengenacquis deel uitmaakt van de EU, zijn alle EU-lidstaten tevens Schengenlidstaat, met uitzondering van Ierland, het Verenigd Koninkrijk, Bulgarije en Roemenië, en met toevoeging van Noorwegen, IJsland, Zwitserland en Liechtenstein.

12. HvJ 9 maart 2006, C-436/04 (*Van Esbroeck*), ro. 42: 'the relevant criterion for the application of that article of the CISA is identity of the material acts, understood as *the existence of a set of facts which are inextricably linked together*, irrespective of the legal classification given to them or the legal interest protected'.

anders worden gekwalificeerd, met als gevolg dat een veroordeelde in een andere lidstaat voor dezelfde gedraging nogmaals zou kunnen worden vervolgd. Om het vrij verkeer van personen – en het daarbij passende niveau van rechtsbescherming van personen die van dat vrije verkeer gebruik maken – te waarborgen, hanteert het Hof van Justitie in zijn rechtspraak aldus een feitelijke interpretatie van *idem*.¹³

Het *ne bis in idem*-beginsel zoals gehanteerd door het EHRM is opgenomen in artikel 4 van het Zevende Protocol bij het EVRM en kent een andere achtergrond. In deze bepaling is expliciet bepaald dat de werkingssfeer van het daarin neergelegde *ne bis in idem*-beginsel zich beperkt tot de nationale lidstaat. Problemen die zich voordoen bij een transnationaal toepasbaar *ne bis in idem*-beginsel, spelen hier dus niet. Het gaat niet om het waarborgen van een vrij verkeer van personen, maar enkel om het bieden van mensenrechtelijke bescherming aan de burger tegenover de overheid. De burger moet er onder bepaalde omstandigheden op kunnen vertrouwen dat het feit waarvoor hij reeds is vervolgd, niet nogmaals aan de orde zal komen in een nieuwe procedure. Dit uitgangspunt geldt binnen de kaders van artikel 54 SUO uiteraard ook, maar de achtergrond van de laatste bepaling is – zoals hiervoor geschetst – wel een geheel andere.

Voor het EHRM bestaat er geen vergelijkbare – dringende – noodzaak om voor eenzelfde uitleg van *idem* te kiezen als het Hof van Justitie. Weliswaar biedt een feitelijke interpretatie een optimum aan rechtsbescherming voor de verdachte, maar er kleven ook nadelen aan zo'n interpretatie. Enerzijds valt het vanuit de rechtsbescherminggedachte goed te verdedigen dat het individu tegen de macht van de staat zeer goed in bescherming wordt genomen. Bovendien levert een feitelijke interpretatie een extra aansporing op voor de nationale aanklagers om de feiten zoveel mogelijk gezamenlijk voor de rechter te brengen. Ook de gedachte dat het rechtsgeding eens afgelopen moet zijn, wordt optimaal verwezenlijkt.

Anderzijds kan men zich afvragen wat de gevolgen van een puur feitelijke interpretatie zijn in een situatie waarin het gaat om twee zeer uiteenlopende delicten, die met eenzelfde handeling zijn gepleegd. Denk bijvoorbeeld aan het geval dat zich ooit voor de Hoge Raad speelde, waarin iemand op een autoloze zondag beschooten achter het stuur zat.¹⁴ De vraag was of het feit dat verdachte eerder was veroordeeld wegens het schenden van het rijverbod, een veroordeling wegens rijden onder invloed van alcohol in de weg stond. Beoogt het *ne bis in idem*-beginsel in een dergelijke situatie daadwerkelijk om iemand ook dan bescherming te bieden? Gesteld kan worden dat een burger in zo'n situatie er niet redelijkerwijs op behoefde te vertrouwen dat het andere strafbare feit niet meer aan de orde zou komen. Het belang van een effectieve rechtshandhaving zou hier het belang van de individuele verdachte dus gemakkelijk kunnen overstijgen. En wat te denken van het geval waarin na een eerste onherroepelijke uitspraak nieuwe omstandigheden aanwezig blijken te zijn, die de delictsgedraging in een ander licht stellen en in feite een nieuw (zwaarder) delict opleveren. Er is eveneens niet langer sprake van een effectieve rechtshandhaving wanneer een nieuwe vervolging ter zake van dit nieuwe delict in zo'n geval niet meer mogelijk is. Bovendien valt het in zo'n geval voor de maatschappij niet of nauwelijks te rechtvaardigen dat deze verdachte zijn vervolging (en bestraffing) kan ontlopen. De balans die men wil aanbrengen tussen de argumenten *pro* en *contra* een ruime werking van het *ne bis in idem*-beginsel, bepaalt uiteindelijk op welke wijze *idem* wordt geïnterpreteerd. Rechtsbeschermende en rechtspolitieke argumenten spelen daarin beide een belangrijke rol.

13. HvJ 9 maart 2006, C-436/04 (*Van Esbroeck*). Zie ook: A. Klip, *European Criminal Law. An integrative approach*, Cambridge: Intersentia 2012, p. 251-262 voor een beschrijving van alle bestanddelen van artikel 54 SUO en rechtspraak hierover.

14. HR 25 maart 1975, NJ 1975, 296.

Relevant is ook dat het EHRM in *Zolotukhin* niet expliciet stelt dat het streeft naar een uniformering van zijn rechtspraak met die van het Hof van Justitie.¹⁵ Weliswaar noemt het EHRM de SUO en het Handvest en de rechtspraak hieromtrent en acht het deze blijkbaar van belang, maar het lijkt uiteindelijk voornamelijk orde op zaken te willen stellen in zijn eigen rechtspraak. Van Hattum stelt in dit verband dat de term 'harmonisatie' die het EHRM gebruikt (zie rechtsoverwegingen 78 en 79 in *Zolotukhin*), niet zozeer slaat op een harmonisatie van de rechtspraak van het EHRM met andere internationale jurisprudentie, maar op een harmonisatie van zijn eigen bestaande rechtspraak over *ne bis in idem*.¹⁶

Het voorgaande laat zien dat er geen dwingende redenen zijn voor een convergentie in de interpretatie van *idem*, omdat beide hoven een ander vertrekpunt kennen voor de uitleg van de relevante *ne bis in idem*-bepalingen. Hiermee is nog niet gezegd dat de invullingen die de hoven lijken te hanteren, ook onder alle omstandigheden de meest wenselijke zijn. Ik kom hier in het navolgende op terug.

Analyse van de relevante rechtspraak van beide hoven

In deze paragraaf worden de overwegingen geanalyseerd die beide hoven ten grondslag leggen aan hun interpretatie van *idem*. Daarbij besteed ik in het bijzonder aandacht aan *Zolotukhin*. Deze uitspraak is immers voor velen de aanleiding geweest om te concluderen dat voor een juridisch-inhoudelijke interpretatie van *idem* geen ruimte meer bestaat.

Hof van Justitie

Gelet op het transnationale toepassingsbereik van artikel 54 SUO en de eerder besproken doelstelling achter de SUO, maakt het Hof van Justitie in *Van Esbroeck* de keuze voor een louter feitelijke beoordeling van *idem*.¹⁷ Het Hof oordeelt dat 'the relevant criterion for the application of that article of the CISA is identity of the material acts, understood as *the existence of a set of facts which are inextricably linked together*, irrespective of the legal classification given to them or the legal interest protected'.¹⁸ Het doet er dus niet toe dat een bepaalde gedraging in verschillende lidstaten anders gekwalificeerd wordt. Het gaat alleen om, wat men zou kunnen noemen, de historische feiten. Wanneer die hetzelfde zijn, houdt het *ne bis in idem*-beginsel een tweede vervolging tegen. Aan deze conclusie houdt het Hof in zijn navolgende jurisprudentie vast. Het Hof herhaalt steeds dat het enige relevante criterium voor de beoordeling van *idem* de gelijkheid van de historische gedragingen is.¹⁹ Een juridisch-inhoudelijke interpretatie van *idem* lijkt hiermee dus duidelijk uitgesloten. Niettemin is hier enige voorzichtigheid geboden. Tot nog toe is er namelijk geen zaak voor het Hof van Justitie geweest waarin één (feitelijke) gedraging twee wezenlijk uiteenlopende delicten zou (kunnen) opleveren.²⁰ Mede daardoor laat zich vooralsnog niet nauwkeurig

15. De stelling van Van Bockel dat het EHRM 'has denounced its earlier caselaw', deel ik dan ook niet. Van Bockel 2012, p. 340.

16. Van Hattum 2012.

17. HvJ 9 maart 2006, C-436/04 (*Van Esbroeck*).

18. *Van Esbroeck*, ro. 42 (cursivering toegevoegd). In het Nederlands: 'het relevante criterium voor de toepassing van dit artikel is de gelijkheid van de materiële feiten, begrepen als het bestaan van een geheel van feiten die onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn, ongeacht de juridische kwalificatie van deze feiten of het beschermde rechtsbelang'.

19. HvJ 28 september 2006, C-150/06 (*Van Straaten*), ro. 48; HvJ 18 juli 2007, C-288/05 (*Kretzinger*); HvJ 19 juli 2007, C-367/05 (*Kraaijenbrink*).

20. Het Hof van Justitie laat het uiteindelijke oordeel of sprake is van *idem*, over aan de nationale rechter. Er is echter tot nu toe geen zaak geweest waarin het Hof er blijk van gaf dat sprake was van verschillende feiten. Ook de zaak *Kraaijenbrink* geeft geen uitsluitsel, zoals in de volgende paragraaf nader aan de orde zal komen.

aangeven welke betekenis het Hof geeft aan het criterium ‘*inextricably linked*’. Het is niet uitgesloten, maar het staat evenmin vast, dat deze term onder omstandigheden een zekere normatieve lading kan krijgen teneinde te voorkomen dat iemand in lidstaat B voor een zeer ernstig delict niet meer vervolgd kan worden omdat in lidstaat A dezelfde gedraging al aan de orde is geweest als wezenlijk ander (minder zwaar) feit. Ik kom hier in de volgende paragraaf op terug.

Het EHRM

Het EHRM heeft in de loop der tijd meerdere interpretaties van *idem* aan zijn uitspraken ten grondslag gelegd. In *Gradinger* werd een grote betekenis gegeven aan de feitelijke gedraging, ongeacht de juridische kwalificatie die aan dit gedrag werd toegekend.²¹ *Gradinger* was eerder veroordeeld wegens dood door schuld in het verkeer. Later werd bekend dat hij destijds onder invloed van alcohol was geweest. Het EHRM oordeelde echter dat de feitelijke gedraging eerder aan de orde was gekomen en dat *Gradinger* niet alsnog kon worden beboet voor dit tweede feit.²² Een paar jaar later hechtte het EHRM in *Oliveira* veel belang aan de juridische kwalificatie van de twee feiten.²³ Eén gedraging zou op die manier meerdere strafbare feiten kunnen opleveren. Het ging in deze zaak, waarin *Oliveira* eerst een administratieve boete had gekregen wegens roekeloos rijgedrag en daarna wegens lichamelijk letsel door schuld, om ‘a typical example of a single act constituting various offences’.²⁴ Hoewel de feitelijke gedraging voor beide delicten exact dezelfde was, oordeelde het Hof dat er desalniettemin sprake was van twee verschillende feiten die in twee verschillende procedures behandeld mochten worden. In *Franz Fischer* deed zich dezelfde situatie voor als in *Gradinger*, zij het dat *Fischer* eerst was veroordeeld wegens het rijden onder invloed van alcohol, en pas daarna werd vervolgd wegens dood door schuld, gepleegd onder invloed van alcohol. In deze zaak stelde het Hof dat onderzocht diende te worden ‘whether or not such offences have the same essential elements’.²⁵ Hoe deze essentiële elementen nu precies werden vastgesteld, bleef echter onduidelijk in de rechtspraak van het EHRM die op deze zaak volgde.²⁶ Bovendien werd deze nieuwe term niet altijd consequent gebezigd.²⁷

Zolotukhin

In *Zolotukhin* heeft het EHRM getracht duidelijkheid in de eerdere eigen rechtspraak te scheppen. Dit arrest heeft, zoals gezegd, velen ervan overtuigd dat het Hof zich voor wat betreft de interpretatie van *idem* heeft aangesloten bij de lijn in de rechtspraak die het Hof van Justitie al lang hanteert en die een feitelijke interpretatie van *idem* behelst.²⁸ Welke aanknopingspunten zijn daarvoor in deze uitspraak te vinden, en zijn er ook aanknopings-

21. EHRM 23 oktober 1995, appl. no. 15963/90 (*Gradinger vs. Austria*).

22. Het oordeel van het EHRM luidde onder andere zo, omdat *Gradinger* in de eerdere procedure impliciet was vrijgesproken voor het rijden onder invloed (destijds was het gekwalificeerde delict ‘iemand doodrijden onder invloed van alcohol’ niet bewezen verklaard).

23. EHRM 30 juli 1998, appl. no. 25711/94 (*Oliveira*).

24. *Oliveira*, ro. 26. Dit fenomeen kennen wij in Nederland als ‘eendaadse samenloop’ (mits beide feiten tezamen ten laste worden gelegd).

25. EHRM, 29 mei 2001, appl. no. 37950/97 (*Franz Fischer*), ro. 25.

26. W.B. van Bockel, “Coming of age”: de ontwikkeling van het *ne bis in idem*-beginsel in the EU-rechtsorde, *NtEr* 2010, p. 66-72, p. 69.

27. Zie onder meer EHRM 2 oktober 2002, appl. no. 33402/96 (*Göktan vs. France*); EHRM 24 juni 2003, appl. no. 65831/01 (*Garaudy vs. France*); EHRM 26 juli 2007, appl. no. 18015/03 (*Schutte vs. Austria*); EHRM 7 december 2006, appl. no. 37301/03 (*Hauser-Sporn vs. Austria*); EHRM 19 oktober 2006, appl. no. 65831/01 (*Asci vs. Oostenrijk*).

28. Zie voetnoot 3.

punten te vinden waaruit blijkt dat een (deels) juridisch-inhoudelijke interpretatie van *idem*, naast een feitelijke, niet is uitgesloten?

Het EHRM vangt in *Zolotukhin* aan met een overzicht van verschillende *ne bis in idem*-bepalingen en daarop betrekking hebbende jurisprudentie.²⁹ Vervolgens komt de *idem*-vraag uitvoerig aan de orde. Het Hof constateert dat het in het verleden verschillende benaderingen van *idem* heeft gebruikt in zijn rechtspraak. Om nu de bescherming die het *ne bis in idem*-beginsel biedt optimaal te waarborgen, moet naar het oordeel van het EHRM een 'harmonised interpretation of the notion of the "same offence"' worden geboden.³⁰ Een interpretatie van *idem* die de nadruk legt op de juridische kwalificatie van de onderliggende strafbaarstellingen, is volgens het EHRM te restrictief en zal afbreuk doen aan de bescherming die het beginsel biedt. Daarom oordeelt het Hof dat 'Article 4 of Protocol no. 7 must be understood as prohibiting the prosecution or trial of a second "offence" in so far as it arises from *identical facts* or facts which are *substantially the same*'.³¹ Vervolgens wordt een aantal aanknopingspunten gegeven, aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of sprake is van identieke of substantieel dezelfde feiten. Om te beginnen wordt gesteld dat gekeken moet worden naar de 'statements of facts' die aan beide vervolgingen ten grondslag liggen. Daarna stelt het Hof het volgende:

"The Court's inquiry should therefore focus on those facts which constitute a set of concrete factual circumstances involving the same defendant and inextricably linked together in time and space, the existence of which must be demonstrated in order to secure a conviction or institute criminal proceedings."³²

Om te beoordelen of sprake is van *idem*, moet de rechter (aan de hand van de 'statements of facts') vaststellen welke feitelijke gedragingen al eerder vervolgd (berecht en bestraft) zijn, en voor welke nu een nieuwe vervolging is ingezet. De feiten die – blijkens de 'statements' – ten grondslag liggen aan de twee vervolgingen, moeten met elkaar worden vergeleken, ten einde na te gaan of deze dezelfde feitelijke omstandigheden bevatten, die dezelfde verdachte betreffen en onlosmakelijk in tijd en plaats met elkaar verbonden zijn.³³

Als de uitspraak inzake *Zolotukhin* geplaatst wordt naast de rechtspraak van het Hof van Justitie, wordt duidelijk dat de woordkeus van beide hoven enigszins overeenkomt. Het Hof van Justitie heeft het over 'a set of concrete circumstances which are *inextricably linked together*'. De interpretatie die het EHRM in *Zolotukhin* geeft, lijkt hier op. Het moet gaan om feiten die 'identical or substantially the same' zijn. Om dit te beoordelen moeten de feiten die genoemd worden in de 'statements of facts' die ten grondslag ligt aan de twee vervolgingen, met elkaar vergeleken worden. Wanneer die feiten 'concrete factual circumstances involving the same defendant and *inextricably linked together* in time and space' betreffen, zullen deze 'identical or substantially the same' zijn. Beide hoven hanteren in hun redenering dus de term 'inextricably linked' en lijken de nadruk te leggen op een feitelijke interpretatie van *idem*. Niettemin is er een aantal aanknopingspunten in de tekst van het EHRM te vinden, aan de hand waarvan de opvatting verdedigd kan worden dat een juridisch-inhoudelijke interpretatie van *idem* niet uitgesloten is.

29. *Zolotukhin*, ro. 36, 37, 38.

30. *Zolotukhin*, ro. 78.

31. *Zolotukhin*, ro. 82 (cursivering toegevoegd).

32. *Zolotukhin*, ro. 84.

33. *Zolotukhin*, ro. 84.

Om te beginnen wordt in rechtsoverweging 81 overwogen dat een benadering die *de nadruk legt* op de juridische kwalificatie van de delicten, te restrictief is en afbreuk doet aan de rechtsbescherming die het *ne bis in idem*-beginsel beoogt te bieden. Het EHRM verbiedt echter het gebruik van de juridisch-inhoudelijke interpretatie in deze overweging niet categorisch. Op de keper beschouwd wordt alleen gesteld dat de juridisch-inhoudelijke interpretatie niet de overhand mag hebben bij het vaststellen van *idem*.

Daarnaast valt op dat het Hof van Justitie oordeelt dat van *idem* sprake is wanneer de gedragingen die ten grondslag liggen aan de vervolgingen, onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn ('inextricably linked'), terwijl het EHRM stelt dat sprake is van hetzelfde feit als de feiten identiek of substantieel hetzelfde zijn ('identical or substantially the same'). De vraag of dat zo is, wordt beoordeeld aan de hand van de omschrijvingen van de feiten die aan de twee vervolgingen ten grondslag liggen; deze feiten moeten onder meer 'inextricably linked' zijn. Waar het Hof van Justitie het 'inextricably linked'-criterium dus als hoofdcriterium hanteert om te beoordelen of van *idem* sprake is, gebruikt het EHRM dit criterium als één van de gezichtspunten aan de hand waarvan beoordeeld moet worden of de feiten 'identical or substantially the same' zijn. Bovendien stelt het EHRM dat de 'focus' moet worden gelegd op de feiten die een concrete samenloop van omstandigheden vormen, die dezelfde verdachte betreffen en onlosmakelijk verbonden zijn in tijd en plaats. Door het woord 'focus' te gebruiken, wordt de suggestie gewekt dat de genoemde gezichtspunten niet de enige hoeven te zijn aan de hand waarvan kan worden bepaald of de feiten identiek of substantieel hetzelfde zijn.

Het 'inextricably linked'-criterium heeft dus een andere plaats in de overwegingen van het EHRM dan in die van het Hof van Justitie. Het EHRM heeft het minder prominent naar voren gebracht dan het Hof van Justitie. Ik houd het niet voor onmogelijk dat het EHRM door voornoemde overwegingen ruimte heeft willen laten aan de lidstaten om in bepaalde omstandigheden te concluderen dat de gedragingen weliswaar 'inextricably linked' zijn, maar niet substantieel dezelfde feiten opleveren.³⁴ Ook de Hoge Raad oordeelt in zijn (bekritiseerde) overzichtsuitspraak van februari 2011 dat de deels juridische toets aan de hand waarvan *idem* in ons eigen *ne bis in idem*-beginsel wordt bepaald, niet behoeft te worden veranderd, gelet op de Europese rechtspraak.³⁵ De Hoge Raad is blijkbaar van oordeel dat het EHRM een (deels) juridische toets van *idem* niet geheel ontoelaatbaar acht. De toekomst zal moeten uitwijzen of het EHRM met de eis dat de feiten 'identical or substantially the same' moeten zijn, toch nog enige ruimte heeft willen laten voor een juridische toets van *idem*.

Tegengeworpen kan worden dat het EHRM in *Zolotukhin* duidelijk stelt dat 'the facts of the two offences serve as its sole point of comparison'.³⁶ Als het vervolg van die zin nader wordt bestudeerd,³⁷ blijkt echter dat deze overweging van het Hof een reactie is op het verweer van Rusland dat reeds een verschil in strafbedreiging voldoende zou zijn voor het zich niet voordoen van *idem*.³⁸ Bovendien wordt uit deze zinsnede nog altijd niet duidelijk hoe die

34. Zo ook Duker in: M.J.A. Duker, 'Vervolging en berechting', in: F.G.H. Kristen e.a. (red.), *Bijzonder strafrecht*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2011, p. 516

35. HR 1 februari 2011, NJ 2011, 394, ro. 2.8.

36. *Zolotukhin*, ro. 97.

37. *Zolotukhin*, ro. 97: 'As the Court has emphasised above, the facts of the two offences serve as its sole point of comparison, and the Government's argument that they were distinct on account of the seriousness of the penalty they entailed is therefore of no relevance for its inquiry.'

38. Zie ook *Zolotukhin*, ro. 66, waarin Rusland erkent dat de in deze zaak in het geding zijnde sanctiebepalingen (een administratiefrechtelijke en een strafrechtelijke) 'protected the same legal interest, that of public order'. Daarmee steunde het Russische betoog dat zich geen 'idem' zou voordoen, in de kern alleen nog op het verschil in strafbedreiging.

‘facts’ nu precies moeten worden geduid. Aan de hand van een analyse van de feitencomplexen die ten grondslag liggen aan de besproken jurisprudentie, zal ik dit laatste argument in het hiernavolgende verduidelijken.

De ‘statements of facts’ en feitencomplexen

Eerder kwam aan de orde dat het EHRM van oordeel is dat de ‘statement of facts’ die ten grondslag ligt aan beide vervolgingen, als uitgangspunt kan dienen bij de beoordeling van de vraag of sprake is van ‘substantially the same facts’. In Nederland is deze omschrijving van de feiten (in de tenlastelegging) door de officier van justitie vanwege het stelsel van artikel 350 Sv sterk toegespitst op de kwalificatie van het feit. De (beoogde) kwalificatie van het feit is hierdoor van invloed op de formulering van de ‘statement of facts’. Denk aan het door Keijzer genoemde voorbeeld waarin een vrachtwagenchauffeur de arbeidstijdenwet overtreedt terwijl hij heroïne vervoert.³⁹ Beide feiten kunnen tegelijkertijd worden gepleegd. De relevante feiten die ten grondslag liggen aan de ten laste gelegde delicten, zullen echter wezenlijk anders zijn. De ‘statement of facts’ in beide zaken zullen van elkaar verschillen, mede doordat de (beoogde) kwalificatie van de delicten zo anders is. Op die manier kan de juridische kwalificatie van de feiten de ‘statement of facts’ beïnvloeden, en daarmee ook de vraag of sprake is van ‘substantially the same facts’.

Het EHRM besteedt in *Zolotukhin* bij het vaststellen van de ‘statements of facts’ veel aandacht aan de feitelijke omstandigheden die de delictsbestanddelen van de tenlastegelegde feiten vormden. In deze zaak leken deze delicten zeer veel op elkaar. *Zolotukhin* had aanstootgevend gedrag vertoond toen hij werd aangehouden en naar het politiebureau werd gebracht. Voor dit gedrag werd hij eerst administratiefrechtelijk vervolgd en bestraft, waarna een strafrechtelijke procedure volgde. Beide delicten hadden als gemeenschappelijk kenmerk het verstoren van de openbare orde. De ‘statements of facts’ die aan beide vervolgingen ten grondslag lagen, leken erg op elkaar zodat een *idem*-situatie eenvoudig kon worden aangenomen. Als echter twee wezenlijk verschillende delicten waren vervolgd, had het oordeel kunnen luiden dat de ‘statements of facts’ te veel verschilden en dat er dus geen sprake was van ‘identical or substantially the same facts’.

De ‘statements of facts’ kunnen aldus beïnvloed worden door de delictsomschrijvingen die deze feiten opleveren. In *Zolotukhin* waren zowel de feitelijke gedragingen als de ten laste gelegde delicten vrijwel hetzelfde. Het logische gevolg daarvan is dat ook de ‘statements of facts’ die aan beide vervolgingen ten grondslag liggen, op elkaar lijken. De conclusie dat sprake is van een *idem*-situatie, is daarmee vrij eenvoudig te trekken.⁴⁰ Ook in de uitspraken na *Zolotukhin* liggen de delictsomschrijvingen qua inhoud en strekking telkens dicht bij elkaar. In *Ruotsalainen* gaat het om enerzijds het ontduiken van belasting, en anderzijds om het aanvullend moeten betalen van de ontdoken belasting.⁴¹ De ‘statements of facts’ luiden dan ook vrijwel hetzelfde, zodat sprake is van ‘identical or substantially the same facts’. In *Tsonyo Tsonev* overlappen de delictsomschrijvingen sterk: de strafrechtelijke is dezelfde als de administratiefrechtelijke, met enkele bestanddelen extra.⁴² Kort maar krachtig wordt geoordeeld dat de feiten die ten grondslag liggen aan de overtreding van de beide voorschriften, dezelfde zijn. Het Hof doet in deze zaken geen moeite om het toetsingsschema dat het heeft ontwikkeld in *Zolotukhin*, nader te verduidelijken. Zowel de feitencomplexen

39. Noot Keijzer bij HvJ EG 29 september 2006, NJ 2007, 56.

40. *Zolotukhin*, ro. 97.

41. EHRM 16 juni 2009, appl. no. 13079/03, EHRC 2009, 99, m.nt. Luja (*Ruotsalainen vs. Finland*).

42. EHRM 14 januari 2010, appl. no. 2376/03 (*Tsonyo Tsonev vs. Bulgaria*), ro. 52.

als de juridische kwalificatie van de delicten die deze opleverden, waren zozeer hetzelfde dat er voor een verduidelijking ook geen noodzaak bestond.

Van Hattum merkt in dit verband op dat 'de ogenschijnlijk louter materiële benadering in *Zolotukhin* niet los kan worden gezien van de omstandigheid dat de delicten waar het om draaide veel dezelfde juridische kenmerken vertoonden en de materiële feiten elkaar bijna volledig overlaptten'.⁴³ Er is dus geen sprake van feitencomplexen zoals eerder omschreven (de heroïne vervoerende vrachtwagenchauffeur en de man die onder invloed van alcohol op een autoloze zondag achter het stuur zat). Beide voorbeelden betreffen situaties waarin de twee delictsomschrijvingen sterk van elkaar verschillen en bovendien redelijk afwijkende strekkingen kennen. Zou zo'n situatie daadwerkelijk tot gevolg (moeten) hebben dat een tweede vervolging ter zake van het andere delict niet meer mogelijk zou zijn? Of zou dan geconcludeerd kunnen worden dat het gaat om *substantieel* andere feiten, mede doordat de 'statements of facts' wezenlijk zouden verschillen? Zie ik het goed, dan sluit *Zolotukhin* die laatste mogelijkheid niet uit. De conclusie dat het EHRM *idem* alleen feitelijk beoordeelt, kan daarom enigszins voorbarig genoemd worden.⁴⁴

Vanzelfsprekend kan dezelfde vraag worden gesteld ten aanzien van de rechtspraak van het Hof van Justitie. Eerder schreef ik dat het Hof van Justitie, vanuit de gedachte dat ook een veroordeelde het recht heeft vrij te reizen door de EU en met inachtneming van het principe van wederzijdse erkenning, in zijn rechtspraak expliciet heeft gekozen voor een materieel feitsbegrip. De vraag is of deze benadering voor het Hof onder alle omstandigheden verdedigbaar en, vanuit een rechtspolitiek oogpunt, wenselijk blijft. In de rechtspraak van het Hof van Justitie zijn de onderliggende feitencomplexen vaak van een heel andere aard dan in de rechtspraak van het EHRM. Het gaat in de rechtspraak van het Hof van Justitie veelal over feitencomplexen waarin eenzelfde soort handeling zich uitstrekt over een bepaalde tijdsperiode en over landsgrenzen. In *Van Esbroeck* ging het om de import en export van dezelfde partij drugs, evenals in *Van Straaten*. In *Kretzinger* betrof het de smokkel van een partij tabak en het niet betalen van invoerrechten hierover. Een puur feitelijke benadering is in zulke gevallen niet alleen noodzakelijk gezien het transnationale toepassingsbereik van de *ne bis in idem*-bepaling, maar ook vanzelfsprekend en vrijwel probleemloos omdat het veelal om hetzelfde soort delicten gaat. Met een juridische interpretatie van *idem* zou geen ander resultaat zijn behaald. *Kraaijenbrink* is vooralsnog de enige zaak geweest waarin de ten laste gelegde delicten wel uiteenliepen qua strekking: het ging hier om de handel in verdovende middelen in Nederland en het witwassen van geld in België. Omdat niet duidelijk was of de witgewassen som geld verband hield met de eerdere drugshandel, was onduidelijk of de feitelijke gedragingen samen een onlosmakelijk verband vormden. De vraag naar de eventuele relevantie van de onderliggende uiteenlopende delictsomschrijvingen – en daarmee de verschillen in beschermde rechtsgoederen – kwam reeds daarom niet aan

43. W. van Hattum, 'Over criminal charge, non bis in idem en het detentierecht', *Sancties* 2012, 44.

44. Van Hattum stelt dat het EHRM in de zaak *Margus vs. Croatia* het belang van de juridische inhoud van de twee delictsomschrijvingen toch verder heeft gerelativeerd (het ging in deze zaak om het eerder vervolgen wegens het commune delict moord, waarna een vervolging wegens moord als oorlogsmisdrijf ten laste werd gelegd). Hoewel ik inzie dat de twee delictsomschrijvingen verschillen en het EHRM desalniettemin aanneemt dat sprake is van hetzelfde feit, kan nog altijd niet gezegd worden dat van twee (sterk) uiteenlopende delicten sprake was. Het ging in beide gevallen om het doden van mensen. Zie EHRM 13 november 2012, appl. no. 4455/10 en Van Hattum 2012.

de orde.⁴⁵ Immers, alleen al op het niveau van de feitelijke gedragingen was niet duidelijk of deze 'onlosmakelijk' met elkaar verbonden waren. Wel gaf het Hof ook hier aan dat voor de beoordeling van *idem* alleen naar de feitelijke gedragingen diende te worden gekeken.

Vooralsnog is in de rechtspraak van het Hof van Justitie nog niet de situatie concreet aan de orde geweest waarin strafbare gedragingen die plaatsvonden in meerdere landen, weliswaar feitelijk onlosmakelijk met elkaar waren verbonden, maar onderliggende juridische kwalificaties bevatten die wezenlijk uiteenliepen. Eerst indien dit wel een keer gebeurt, zal blijken of het Hof daadwerkelijk blijft vasthouden aan zijn feitelijke benadering van *idem*. Ook de vraag of gedragingen onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn, kan immers normatief worden ingekleurd. Als we nogmaals de heroïne vervoerende vrachtwagenchauffeur bezien, maar nu in een grensoverschrijdend verband, geldt het volgende. Naar tijd en plaats kunnen het vervoer van die partij en het overtreden van de arbeidstijdenwet samenvallen, maar noodzakelijk is dat niet. Wanneer er geruime tijd met de heroïne wordt rondgereden, is er doorlopend sprake van het vervoeren van de heroïne, terwijl het overtreden van de arbeidstijdenwet plaatsvindt op en vanaf een bepaald moment (te weten: het moment waarop de verplichte rusttijd is aangebroken). Is het gegeven dat op enig moment de twee delictsgedragingen samenvallen genoeg om te concluderen dat er een onlosmakelijk verband is? Of is daarvoor meer vereist? Moeten de twee handelingen *noodzakelijkerwijs* samenvallen (oftewel is het onmogelijk dat zij niet samenvallen), of is voldoende *dat* zij op enig moment feitelijk samenvallen? Vanuit rechtspolitiek oogpunt zou de eerste interpretatie – het noodzakelijkerwijs samenvallen – aan te bevelen zijn. Het zou wantrouwen tussen EU-lidstaten teweeg kunnen brengen wanneer vanwege een eerdere vervolging wegens overtreding van de arbeidstijdenwet, een vervolging wegens drugssmokkel in een andere lidstaat onmogelijk zou worden. Daarnaast is het zo dat de Unie streeft naar een ruimte waarin vrij verkeer plaatsvindt, en waarin burgers tegelijkertijd beschermd worden tegen (grensoverschrijdende) criminaliteit (de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht). Wanneer in voornoemde situatie de drugsvervoerder ervan af komt met alleen een lichte straf vanwege het schenden van de arbeidstijdenwet, zou dat moeilijk te verenigen zijn met de doelstelling van deze ruimte. Een effectieve rechtshandhaving zou hier al met al door het *ne bis in idem*-beginsel kunnen worden belemmerd, terwijl bovendien betwijfeld kan worden of aan de burger in een dergelijke situatie bescherming zou moeten worden geboden. De vraag is of het Hof van Justitie in zo'n geval het criterium 'inextricably linked' toch niet iets meer normatief vorm zou geven. *Idem* zou dan formeel nog steeds feitelijk worden ingekleurd (namelijk aan de hand van de gedragingen die ten grondslag liggen aan de vervolgingen), maar op een zodanig enge manier dat de juridische kwalificatie op de achtergrond wel degelijk aanwezig is.

Toetreding van de EU tot het EVRM: consequenties?

Een factor die in de toekomst wellicht een rol zal spelen in de interpretatie van *idem* door de Europese hoven, is de toetreding van de EU tot het EVRM. Een vraag in dit verband zou kunnen zijn of deze toetreding dwingt tot een eenvormige interpretatie van bepaalde beginselen (zoals *ne bis in idem*) door de twee hoven. Bovendien zal artikel 50 van het Grondrechtenhandvest van de EU, dat een geheel nieuwe *ne bis in idem*-bepaling bevat, een be-

45. Zie *Kraaijenbrink*, ro. 30 en 31, waaruit blijkt dat niet is komen vast te staan dat aan de strafbare handelingen (het witwassen en de drugshandel) dezelfde geldsommen ten grondslag lagen. Zodoende is (vooralnog) niet komen vast te staan dat er sprake is van 'onlosmakelijk met elkaar verbonden concrete omstandigheden'. Het is in deze zaak dus ook niet nodig geweest om aandacht te besteden aan de juridische kwalificaties van de twee ten laste gelegde feiten.

langrijke rol gaan spelen in de rechtspraak van het Hof van Justitie. Het toepassingsbereik van deze bepaling is zowel nationaal als transnationaal, althans voor zover het gaat om de toepassing van regels die onder de werkingssfeer van de Unie vallen. De tekst van artikel 50 Handvest is daarbij gebaseerd op artikel 4 van het Zevende Protocol.

Tegen deze achtergrond is het niet gewaagd om te stellen dat de Straatsburgse rechtspraak omtrent artikel 4 van het Zevende Protocol van meer betekenis zal worden voor de uitleg van de Unierechtelijke *ne bis in idem*-bepalingen. Maar het is lastig om aan te geven wat dat concreet betekent. Allereerst omdat, zoals is besproken, de strekking van die Straatsburgse rechtspraak nog niet is uitgekristalliseerd. Van belang is voorts dat artikel 54 SUO, artikel 50 Handvest en artikel 4 van het Zevende Protocol verschillend zijn in doelstellingen en toepassingsbereik. De verschillen tussen artikel 54 SUO en artikel 4 van het Zevende Protocol zijn reeds besproken. Met betrekking tot artikel 50 Handvest geldt dat het toepassingsbereik daarvan nog moet uitkristalliseren.⁴⁶ Op dit moment zou de conclusie dat als gevolg van de toetreding van de Unie tot het EVRM en de toepassing van artikel 50 Handvest, de hoven zullen moeten convergeren in hun interpretatie van *idem*, wat mij betreft dan ook voorbarig zijn.

Conclusie

Al met al denk ik dat de convergentiegedachte die verschillende juristen sinds de uitspraak inzake *Zolotukhin* aanhangen, genuanceerd kan worden als het gaat om de *idem*-kwestie. De doelstellingen die de twee hoven moeten verwezenlijken ten aanzien van de *ne bis in idem*-bepalingen die zij moeten toepassen, zijn zodanig dat een convergentie om te beginnen niet erg voor de hand ligt. Ook de verschillen in woordkeus die beide hoven hanteren, is reden voor behoedzaamheid. Het Hof van Justitie stelt als hoofdcriterium de vraag of de feiten ‘inextricably linked’ zijn, terwijl het EHRM het heeft over feiten die ‘identical or substantially the same’ moeten zijn. Omdat de ‘statements of facts’ als uitgangspunt moeten worden genomen voor de beantwoording van de vraag of de feiten identiek of substantieel hetzelfde zijn, en deze ‘statements’ beïnvloed kunnen worden door de strafbare feiten die ten laste worden gelegd, lijkt het EHRM – indirect – ruimte te laten voor een (deels) juridisch-inhoudelijke interpretatie van *idem*. Ruimte voor een dergelijke interpretatie zou ook kunnen worden gevonden in de term ‘inextricably linked’. Het is niet ondenkbaar dat het Hof van Justitie enige aandacht zal schenken aan de aard van de delicten die de onderliggende gedragingen kunnen opleveren, indien anders een situatie zou ontstaan waarin iemand voor een zwaar vergrijp vrijuit gaat omdat hij voor het lichtere al veroordeeld is. Dit zou immers ook het principe van wederzijdse erkenning kunnen frustreren (er zou wantrouwen tussen lidstaten kunnen ontstaan als het zwaardere delict niet meer vervolgbaar is), en daarmee het vrij verkeer van personen dat met de SUO wordt nagestreefd. Zeker wanneer de verdachte redelijkerwijs niet in de veronderstelling kan hebben verkeerd dat het betreffende feit niet meer aan de orde zou komen, verzet het *ne bis in idem*-beginsel zich in een dergelijk geval niet tegen een tweede vervolging.

De rechtspraak van beide hoven overziende, lijkt het aldus welhaast onvermijdelijk te zijn dat normatieve elementen een rol spelen bij de beoordeling van de vraag of sprake is van *idem*. Ook een op het eerste gezicht zuiver feitelijk criterium zoals ‘inextricably linked’, zal invloed kunnen ondergaan van de strafbepaling die de gedraging heeft opgeleverd. Immers,

46. Zie hierover de noot van Klip bij HR 15 mei 2012, NJ 2012, 327, waarin uitgebreid wordt ingegaan op de vraag wanneer het Handvest ingeroepen kan worden en ook (recent) HvJ EU 26 februari 2013, C- 617/087 (*Akerberg Fransson*) over het toepassingsbereik van artikel 50 HV.

een 'kale' gedraging wordt pas strafrechtelijk relevant zodra hij strafbaar is gesteld. Welke feitelijke omstandigheden per zaak relevant zijn, hangt af van de (vermoedelijk) overtreden strafbepaling. Enige invloed van de strafbaarstelling die de gedraging oplevert, valt dus vrijwel niet uit te sluiten. De toekomst zal ons echter moeten leren in welke mate de Europese hoven deze juridisch-normatieve invloed zullen toelaten.

Voor de Nederlandse invulling van artikel 68 Sr heeft de uitspraak inzake *Zolotukhin* voor nu weinig consequenties: de deels juridisch-inhoudelijke, deels feitelijke invulling die de Hoge Raad aan *idem* in dit verband toekent, lijkt niet onverenigbaar te zijn met de rechtspraak van het EHRM. Omdat Nederland het Zevende Protocol bij het EVRM (vooralsnog) niet heeft geratificeerd, hoeft de Hoge Raad, strikt genomen, zich niets aan te trekken van hetgeen in Straatsburg is bepaald, al heeft de Hoge Raad wel laten blijken oog te hebben voor de Straatsburgse rechtspraak omtrent *ne bis in idem*. Maar zelfs al zou de rechtspraak van het EHRM leidend moeten zijn voor de interpretatie van artikel 68 Sr, dan levert de invulling die de Hoge Raad aan *idem* geeft, wat mij (en de Raad zelf) betreft geen strijd op met de rechtspraak van het EHRM. Als het gaat om de (toekomstige) rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot het feitsbegrip ex artikel 50 HV, welke bepaling onder omstandigheden invloed zal uitoefenen op ons nationale recht, is nog veel onduidelijk: deze bepaling is inhoudelijk gebaseerd op artikel 4 van het Zevende Protocol, zodat *idem* om die reden dezelfde invulling zou moeten krijgen. Het is echter niet ondenkbaar dat het Hof van Justitie ook de rechtspraak inzake artikel 54 SUO bij zijn interpretatie van artikel 50 HV in acht neemt. In het geval van artikel 54 SUO is evenwel nog niet gebleken hoe het Hof van Justitie reageert wanneer het gaat om twee wezenlijk uiteenlopende delictsomschrijvingen die uit dezelfde feitelijke omstandigheden voortvloeien.

Hoe dan ook is een louter feitelijke interpretatie van *idem* voor de Hoge Raad – in elk geval vooralsnog – niet geïndiceerd. Deze conclusie is, bezien vanuit de ratio achter het *ne bis in idem*-beginsel, naar mijn mening ook niet onwenselijk. Wanneer iemand er niet redelijkerwijs op behoefde te vertrouwen dat bepaalde feitelijke omstandigheden niet tweemaal aan de orde zouden komen, zou een verbod op een tweede vervolging wat mij betreft te ver gaan, en bovendien ten koste gaan van een effectieve rechtshandhaving. Om te voorkomen dat het *ne bis in idem*-beginsel zijn doel voorbijstreeft, is een (deels) normatieve invulling van *idem* daarom zo gek nog niet.